

IL DIVIETO DEI CONTRATTI ALEATORI NEL MONDO ISLAMICO¹

Sommario: 1. Nozione. - 2. L'assicurazione islamica: il *takāful*. - 3. Le principali differenze tra il *takāful* ed il contratto di assicurazione.

1. Nozione.

Il diritto musulmano è un diritto confessionale, connotato dalla continua interferenza tra religione e diritto: per i musulmani, l'unico legislatore è Dio e, di conseguenza, lo Stato non potrebbe che applicare il diritto divino e mai contrastarlo e men che meno abrogarlo². Non vi è stato nel mondo islamico, infatti, quel processo di "secolarizzazione del diritto" e, quindi, di separazione del sistema giuridico da altri sistemi, quali quello religioso e morale³.

In questo quadro, si pone il divieto di porre in essere contratti aleatori (il divieto del *gharar*) e, più in generale, di porre in essere contratti connotati da profili di aleatorietà ed incertezza.

Tale divieto rappresenta, nel diritto islamico, un principio fondamentale ed ineludibile, che connota tutta la materia delle obbligazioni e dei contratti, così come il divieto del *riba*⁴.

Invero, quando un contratto è caratterizzato da elementi di aleatorietà ed incertezza si determina, inevitabilmente, uno squilibrio nelle reciproche prestazioni, che determinerà, un vantaggio a favore di una parte unicamente in forza dell'accettazione dell'alea. Ma il diritto musulmano, per lo stesso principio per il quale vieta il *ribā*, connota di illiceità qualsiasi arricchimento che non sia il frutto dell'impegno dell'uomo: diversamente, il profitto, il quale, di per sé, non è vietato dall'Islam, ma anzi auspicato, non trova giustificazione⁵.

Il divieto del *gharar* nasce dall'esigenza di porre freno alla passione per ogni tipo di alea e di gioco d'azzardo (lotterie, scommesse, vendite d'azzardo, ecc.), che caratterizzava il contesto preislamico e che spesso portava alla dilapidazione ed allo sperpero di interi patrimoni⁶.

¹ Il presente commento è la rielaborazione della relazione tenuta nell'aprile 2011 nell'ambito del corso di Diritto musulmano al Master internazionale post-universitario su "Internazionalizzazione e Comunicazione del sistema produttivo nell'area del Mediterraneo", dell'Università per Stranieri di Perugia.

² Lo stesso termine Islam, come noto, significa "sottomissione": la sottomissione è nei confronti dell'unico Dio e della sua Legge.

³ Su cui, per tutti, David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950, 340; Weber, *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Milano, 1995, 37.

⁴ Letteralmente, il termine *ribā* significa "eccedenza", "accrescimento", "aumento" e già nella società preislamica indicava l'aumento sul capitale concesso in mutuo che il creditore normalmente pretendeva dal proprio debitore quale corrispettivo per il godimento del denaro, in ragione di un determinato periodo di tempo: in sostanza, indicava gli interessi dovuti dal debitore al proprio creditore sul denaro preso in prestito. Successivamente, il mondo islamico è giunto a vietare qualsiasi ingiustificato arricchimento, quale profitto non imputabile direttamente al lavoro dell'uomo, in tutte le diverse tipologie in cui esso possa manifestarsi (ad esempio, corresponsione di interessi, differenze nella qualità o quantità delle merci, ecc.). Le ricadute sono rilevanti: si pensi che un contratto di mutuo che preveda il benché minimo interesse è colpito da nullità radicale; cade così tutto il sistema bancario come da noi inteso. Da qui la necessità della creazione di Banche islamiche, ormai presenti in ogni contesto, che funzionano in modo del tutto diverso rispetto a quelle occidentali (CEPPI, *Il diritto civile nei paesi della sponda sud del mediterraneo: tra shari'a e codificazioni moderne*, in corso di stampa).

⁵ Comair-Obeid, *Les contracts en droit musulman des affaires*, Paris, 1995, 58.

⁶ Bussi, *Principi di diritto musulmano*, Bari, 2004 (ristampa anastatica dell'edizione del 1943), 136; Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, II, Roma, 1938, 54-55, il quale afferma in merito: "...Gli Arabi preislamici non differivano dai Germani e dagli altri barbari; e quando la guerra e la razzia non li occupava, bevevano e giocavano senza misura; un vanto che ricorre spesso nella poesie preislamiche è di aver trascorso la nottata fino all'alba a bere con i compagnie di aver giocato tutto, fino a rimanere povero ed indebitato. Questa del gioco era per gli Arabi una vera e propria frenesia; la scommessa, la divinazione mediante le frecce, il tiro a sorte ricorrono in tutte le circostanze della vita pubblica e privata per

Muovendo da questo contesto, l'avvento dell'Islam determinò il divieto di tutte le forme di gioco d'azzardo o di scommessa a fine di lucro⁷.

Il divieto del *gharar* trova il suo fondamento normativo direttamente nel Corano, che, al versetto 29 della *Sūra* II, dispone: "*Essi si interrogano sul vino ed il gioco d'azzardo, dice: nei due, c'è un grande peccato e pochi vantaggi per poche persone; ma nei due, il peccato è più grande dell'utilità*".

Successivamente, nel mondo islamico, il divieto di *gharar* diventò un vero e proprio strumento di tutela contro ogni sfruttamento che soggetti economicamente forti potevano perpetrare in danno dei più deboli, profittando del loro stato e traendo un ingiusto profitto da una situazione di incertezza o di mancata conoscenza⁸.

La conseguenza di tale divieto, in materia contrattuale, è la nullità dei contratti che sono caratterizzati dall'alea e dall'incertezza⁹.

In primo luogo, viene colpito dal nullità il contratto di assicurazione, quale tipico contratto aleatorio, dove le rispettive prestazioni sono rimesse ad eventi futuri ed imprevedibili, cosicché, al momento della stipula, le parti non possono conoscere quali profitti o quali perdite deriveranno dal contratto¹⁰.

Allo stesso modo, è nullo il contratto di costituzione di una rendita vitalizia: qui, l'alea attiene alla durata in vita di una persona¹¹.

Integrano la fattispecie vietata anche tutti quei contratti, le cui prestazioni, al momento della stipula, non siano sufficientemente determinate, come, ad esempio, nella vendita di cosa futura o per un prezzo la cui individuazione è rimessa all'opera di un terzo.

È nulla, altresì, la donazione reciproca *mortis causa* (*ruqbā*), che consiste nell'accordo tra due soggetti, entrambi proprietari di beni, con il quale si stabilisce che, alla premorienza dell'uno, l'altro diventerà proprietario di tutti i beni del defunto. Tale nullità si fonda non solo sul principio in discussione, ma anche su di un *ḥadīth*¹², dove si afferma che tale accordo non può produrre alcun effetto, in quanto fondato su di un'aspettativa di morte.

La stessa invalidità afferisce alla donazione in cui il donante si riserva la proprietà del bene donato per un certo periodo di anni, accollando, però, al donatario, le spese di manutenzione e conservazione del bene. La ragione dell'invalidità riposa sempre sull'aleatorietà di tale contratto: infatti, il donatario, al momento della stipula, non può conoscere in quali condizioni gli perverrà il bene donato, né quali saranno le spese necessarie per la conservazione e manutenzione del bene. Ciò può comportare una non corrispettività delle prestazioni e determinare, in capo ad una

scrutare l'avvenire, per decidere un viaggio o una spedizione guerresca, per sapere a chi tocca pagare la composizione per il sangue, per dividere una proprietà comune, per ripartire una cammella sgozzata (maysir), perfino per concludere un contratto; basti rammentare la quantità di vendite aleatorie; onde poi zuffe sanguinose ed inespugnabili vendette, per cui la storia primitiva degli Arabi non è che una lunga battaglia".

⁷ Il divieto del *gharar*, tuttavia, trovava delle eccezioni: in particolare, a favore di quei giochi ritenuti necessari per addestrare i giovani alle corse di cavalli (*musābaqah*), al tiro al bersaglio ed a favore delle gare nello studio del *fiqh*. Le prime trovano la loro spiegazione nel favorire lo svolgimento degli esercizi utili alla guerra, mentre le seconde nell'incentivo allo studio del diritto (Bussi, *Principi di diritto musulmano*, cit., 137).

⁸ Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, Roma, 1989, 14; Saleh, *Unlawful gain and legitimate profit in islamic law*, London, 1992, 62.

⁹ Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 56.

¹⁰ Comair-Obeid, *op. cit.*, 56.

¹¹ Diversamente, è valido un contratto di costituzione di rendita vitalizia per un numero determinato di anni, a condizione che, venuto meno il beneficiario della rendita, possa succedergli il suo erede fino allo scadere del termine previsto.

¹² Gli *ḥadīth* sono delle fonti di cognizione del diritto musulmano e, specificatamente, della *Sunna* (la seconda fonte dopo il Corano), che si concreta nel comportamento tenuto dal Profeta nelle varie circostanze della vita e, pertanto, individua le sue norme di condotta, estrinsecatesi in parole, azioni, silenzi (quando questi potevano avere un significato di approvazione o, quanto meno, di assenza di una volontà di disapprovare), cui ciascun musulmano deve tendere, costituendo un'interpretazione autentica ed inderogabile del Corano.

delle parti, un guadagno non calcolato in anticipo e realizzato senza alcuno sforzo¹³.

Anche la dazione di qualsiasi forma di caparra si pone in completa difformità con i principi sciaratici, in quanto può determinare un ingiustificato arricchimento di uno contraenti a danno dell'altro¹⁴.

2. L'assicurazione islamica: il takāful.

L'idea di una alternativa islamica al contratto di assicurazione deriva dalla prevalente considerazione della non conformità di tale contratto ai principi della *Sharī'a*.

La *Sharī'a*, tuttavia, non contesta in sé lo strumento assicurativo, quanto, invece, il contratto di assicurazione, quale contratto necessariamente aleatorio a titolo oneroso, a prestazioni corrispettive, dove le parti ricercano comunque un proprio profitto.

Da qui la necessità di sviluppare un sistema assicurativo diverso, non più fondato su di un contratto aleatorio, ma su di uno strumento negoziale diverso che, comunque, li garantisce dalle conseguenze economiche di eventi imprevedibili; ciò avviene tramite una cooperazione tra i credenti, consistente nel mettere in comune determinate risorse, che investite in attività permesse (*ḥalāl*), possono essere poste a disposizione dei consociati al verificarsi di un determinato evento¹⁵.

Tale forma di cooperazione non solo è ammessa dall'Islam, ma è espressamente raccomandata dal Corano.

Tale strumento negoziale è il contratto di *takāful* (che significa "solidarietà"), che, nel mondo islamico, ha sostituito il contratto di assicurazione, ponendosi alla base di un sistema caratterizzato dalla presenza di assicurazioni di tipo cooperativo o di mutue assicurazioni, che operano senza scopo di lucro, al fine di mitigare le conseguenze economiche di eventi particolari, secondo i principi islamici di carità e di pietà¹⁶.

Il *takāful*, in particolare, è un contratto mediante il quale più persone decidono di mettere in comune dei fondi per aiutarsi reciprocamente al verificarsi di determinati eventi.

Pertanto, quando una persona ha un rischio da assicurare lo sottopone all'operatore del *takāful* (*kafil*), chiedendo di essere fatto partecipe dell'operazione di reciproca cooperazione¹⁷, corrispondendo all'assicuratore una certa somma di denaro, in cambio della quale il *kafil* si impegna a risarcire l'assicurato nel caso subisca un pregiudizio durante il periodo di vigenza contrattuale¹⁸.

L'assicurato, in tal modo, partecipa nell'impresa di assicurazione, dividendo con essa le perdite ed i profitti e, al contempo, acquisendo un diritto ad essere risarcito in caso di realizzazione dell'evento dannoso contrattualmente previsto¹⁹.

3. Le principali differenze tra il takāful ed il contratto di assicurazione.

¹³ Comair-Obeid, *op. cit.*, 56.

¹⁴ Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 58.

¹⁵ Allam, *L'assurance dans les pays arabes du Moyen-Orient: entre Chari'a et droit positif*, Paris, 1992, 114; Charbonnier, *Islam: droit, finance et assurance*, Bruxelles, 2001, *passim*.

¹⁶ Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, cit., 15.

¹⁷ Allam, *L'assurance dans les pays arabes du Moyen-Orient: entre Chari'a et droit positif*, cit., 144.

¹⁸ Più compiutamente si è affermato che il contratto di *takāful* consiste "in un investimento mediante i sistemi e per gli scopi consentiti dalla *šarī'a*, i cui profitti sono divisi pro quota tra i diversi partecipanti, come soci dell'investimento, allo scadere di un determinato termine o al verificarsi di un evento incerto ma altamente probabile (il compimento della maggiore età, il matrimonio, ecc.) per l'assicurato. Vi possono essere anche clausole che prevedono altri eventi secondari (ad es. un incidente, una situazione particolare di bisogno, una perdita finanziaria), per i quali, nel caso si verifichino prima dell'evento principale, la persona "assicurata" riceve la quota concordata dei profitti attuali (al tempo dell'evento) dell'investimento. L'istituto "assicuratore" assume così la funzione di intermediario finanziario che gestisce i fondi dei singoli contratti in fondi comuni destinati a progetti produttivi" (Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, cit., 16).

¹⁹ Allam, *L'assurance dans les pays arabes du Moyen-Orient: entre Chari'a et droit positif*, cit., 113.

Il *takāful*, anche se nato proprio per sostituire il contratto di assicurazione, realizza, allo stesso modo, uno strumento assicurativo, in quanto, in esso, sono comunque ravvisabili, se pur sotto diverse denominazioni, elementi tipici di tale strumento.

Evidenti, però, sono le discrasie tra il contratto di assicurazione ed il contratto di *takāful*, tanto che si è affermato che, da un punto di vista strutturale, il *takāful* rappresenta tutto ciò che non è il contratto di assicurazione, proprio perché pensato e nato in alternativa all'idea di contratto di assicurazione. Il *takāful*, infatti, è stato pensato proprio per soddisfare, contemporaneamente, due esigenze: da una parte, essere adattato alle necessità economiche del mondo attuale, dall'altra, rispettare le esigenze della religione musulmana.

Il contratto di *takāful*, differentemente dal contratto di assicurazione, è fondato sull'idea di cooperazione reciproca e di solidarietà, che esclude qualsiasi idea di profitto sia per l'assicurato sia per l'assicuratore, tanto che alcune compagnie di assicurazioni islamiche riversano ai loro assicurati il capitale, nell'ipotesi in cui, alla scadenza del contratto, non si sia verificato alcun danno²⁰. La ritenzione del premio da parte dell'assicuratore, infatti, integrerebbe un'ipotesi di ingiustificato arricchimento e, per questa via, condurrebbe al *ribā* vietato dal Corano. Spesso, oltre ai premi versati, vengono restituiti anche i profitti realizzati dagli investimenti del capitale composto dai premi versati.

Le compagnie assicuratrici dispongono, comunque, di un compenso per i loro servizi, come fossero degli amministratori di fondi a loro affidati²¹.

Ulteriore distinzione attiene alla natura giuridica delle somme versate alla compagnia assicuratrice. Nel *takāful*, infatti, il "premio" versato ha valore di un contributo che l'assicurato versa per la protezione della Comunità contro eventi pregiudizievoli, che potrebbero colpire ciascuno dei suoi membri, conservando, tuttavia, la natura di controprestazione, cosicché, in caso di mancata realizzazione della prestazione, che ha giustificato la dazione del premio (e cioè il verificarsi del danno assicurato), viene meno la causa di tale prestazione, con la conseguente necessità, come visto, della restituzione delle somme apprese.

Tutto ciò fa sì che il *takāful* debba essere considerato come un contratto commutativo, avendo espunto da sé ogni traccia di aleatorietà, con ciò conformandosi, quindi, ai precetti religiosi islamici²².

Altra differenza consiste nel fatto che l'assicurato, nell'ambito del contratto di assicurazione, riveste la qualità di parte. Al contrario, nel sistema islamico, l'assicurato partecipa nell'impresa di assicurazione, dividendo con essa le perdite ed i profitti.

Infine, il *takāful*, diversamente dal contratto di assicurazione, trova la sua fonte in una normativa di origine sacra e si innesta in un sistema giuridico di derivazione divina. Si è affermato, infatti, che il *takāful* è l'ultima espressione della solidarietà raccomandata da Dio, affiancandosi così alla *zakāt*²³ e realizzando un sistema basato sulla fraternità, sulla solidarietà e sulla reciproca assistenza, che offre, in caso di necessità, un aiuto ed un'assistenza economica reciproca ai partecipanti²⁴. In merito, si è affermato ancora che il *takāful* è la seconda più importante istituzione sociale, dopo la *zakāt*, destinata ad eliminare la povertà²⁵.

²⁰ Allam, *op. cit.*, 119.

²¹ Allam, *op. cit.*, 119.

²² Chechata, *Le concept de contract en droit musulman*, in *Archives de philosophie de droit*, XIII, Paris, 1968, 139.

²³ Si tratta dell'elemosina rituale, che è uno degli obblighi fondamentali per ogni musulmano. Il termine *zakāt*, letteralmente, significa "purificazione" ed indica quella purificazione che si raggiunge privandosi di una parte delle proprie ricchezze a vantaggio dei poveri ed dei mendicanti.

²⁴ Allam, *L'assurance dans les pays arabes du Moyen-Orient: entre Chari'a et droit positif*, cit., 117.

²⁵ Fisher, *Awakening of a sleeping giant: Rediscovery of takaful worldwide*, in *Directory of Islamic insurance (takaful)* 2000, 1999, 61.

